JESVS, MARIA, JOSEPH.

IN PROCESSV

FR. DON IGNATII FRANCISCI DE LORÈS & BERGUA, MILITIS ORDINIS SANCTI IOANNIS HIEROSOLIMITANI, IN CIVITATÆ MALTÆ RESIDENTIS.

SUPER APPREHENSIONE.

SCRIVA VALLEJO DE SANTA CRUZ.

POR EL APREHENDIENTE, EN SATISFAcion del Memorial, que en 30. de Junio de 1699. se diò por los herederos de Martin de Vitales, oponiendo varias nulidades, contra las diligencias hechas en Proceso, y ponderadas en el Informe que se ha escrito.

1 DANDO por assentados los hechos Processales, que se refieren en el Alegato contrario, (por lo qual se evita su repeticion) parece reconoce *num.* 7. no se puede tratar en este incidente del exa-

 men

men sobre las excepciones, que tengan los derechos deducidos por Fray Don Ignacio de Lores, por la precessitud en que V. S. se hallò de admitir su proposicion, como vnico litigante, Foro *Item porque* 31. *de Apprehensionib.* vbi Bardaxi *num.* 2. Dom. Reg. Sesse *de inhibitionib. cap.* 6. §. 1. *num.* 43. *&* 99. donde explicò la razon, alli: *Sicut etiam in alio possessorio summario huic simili, id est lite pendente, tenuta, seu recredentia, & causa novitatis in Processu apprehensionis, sciunt omnes, non posse sic pronuntiari in eo articulo, sed ad iudicandam possessionem vni, vel alij, vt cognoscatur postea reus, & actor in possessorio plenario firmarum qui debet sequi.*

2 Lo qual es contrario, conforme à las disposiciones de derecho comun; pues donde enteramente se ignora quien està en la possession, el Juez deve retenerla baxo su mano, mediante el sequestro, en el entretanto, que en el juizio possessorio plenario, se verifica quien sea verdadero posseedor, Orian. *in rub. de caus. poss. & propriet. vers. Si autem*, post Bald. *in leg. vnic. de prohib. sequestrat. pecun.* vbi Curt. Senior *num.* 15. & Bardaxi *in dict. For.* 31. *num.* 2. Y assi igualmente confiessa, solo se puede dezir contra las nulidades resultantes de lo ordinativo del Processo, singularmente, hallandose confirmada la aprehension, ex Dom. Reg. Sesse *decis.* 130. *num.* 57. con advertencia, de que las que fundan en no aver cumplido con las solemnidades extrinsecas, que deven observarse, solo con su inspeccion quedan anuladas, dict. Dom. Reg. Sesse *decis.* 314. *ex num.* 66. *vsque* 69. à diferencia de las que se çanjan en los meritos; que estas deven subsistir, sino se expressa alguna causa falsa, ò se comprueba por la inspeccion del Processo; lo qual tiene origen de la regla juridica, de que aunque la sentencia sea injusta, no por esso se dize nula, *leg. Prolatam, Cod. de sentent. interlocut. om. Iudic. leg.* 1. *Cod. de execut. rei indic.*

Su-

3 Supuesto, pues, que por los referidos motivos, solo se opone de nulidad contra nuestra sentencia, en lo que respeta à lo ordinativo del Processo; y que acerca de esta, la primera que se deduce en el artic. 13. del Memorial de los herederos de Martin de Vitales, y se pondera *num. 8. & 9.* de su Alegacion es, que no se legitimò Fray Don Ignacio de Lores, para introducir la instancia, por aver litigado sin licencia del Eminentissimo Señor Gran Maestre de la Sagrada Religion de San Juan, ò à lo menos de la Veneranda Assemblea; porque los Cavalleros de esta Inclita Religion, son verdaderos Religiosos, Suelv. *semic. 1. cons. 42. num. 14.* Matheu *de Regim. Regni Valent. cap. 7. § 4.* Escan. *in propugnacul. Religion. Sanct. Ioan. Hierosol. discept. 6. cap. 2. num. 3.* y ser constante, no pueden sin permisso del Superior, parecer en juizio, cap. *cum dilecta de rescript.* cap. *causam 9. de Iudic.* ni constituir Procuradores sin aquel, Clem. *Religiosus de Procur.* Sanchez *in pracepta Decalogi, lib. 6. cap. 12. num. 10.* Barbos. *in dict. clem. num. 7.* lo qual se halla comprobado por Cortiada *decis. 8. num. 77. & 78.*

4 Passamos à satisfacer con que todo lo que se pondera, no puede comprehender à los Cavalleros de la Sagrada Religion del Señor Juan; porque las sanciones canonicas, disponen en orden à vn sencillo Monje, ò Religioso, que por el rigor de sus votos està negado à todo lo que es mundo, Canon. *Placuit 8. 16. quæst. 1.* Canon. *Monachus 3. ead. cau. & quæst.* y por esto en el Can. *si cupis 5. ibidem*, estàn estampadas aquellas sentenciosas palabras: *Si cupis esse quod diceris, Monachus, id est solus, quid facis in Urbibus, quæ vtique non sunt solorum habitacula, sed multorum?* Motivos que no deven ajustarse à estos Cavalleros, no pudiendoseles dexar de confessar la diversidad

de

de su instituto, mayor libertad, frequencia de habitar en sus patrias, y comercio comun con los hombres, en quanto les permite su Regla.

5 Tan cierto es esto, que sobre prohibir à los Religiosos el cap. *Religiosus 2. de testamentis*, el mezclarse en las execuciones de las vltimas voluntades, sino piden primero licencia, y la obtienen de sus Superiores; porque no tienen propia voluntad, lo limitò la Glossa *verb. Religiosus*, alli: *Et de Claustralibus intelligo, in quibus sequens ratio locum habet*, con que resulta la diversidad de razon, que entre vnas, y otras personas se considera.

6 Y aun los Claustrales, que habitan fuera de su Monasterio con permisso de el Superior, pueden intentar libremente, no solo las acciones civiles, qual es la nuestra, sino tambien las criminales. Es terminante la Glossa *in cap. non dicatis 12. quaest. 1.* vnida con Panormitano, explicando el cap. *cum dilecta de rescept.* citado ex adverso, *num. 9.* alli: *Nota glossam, ex qua habes, quod Religiosus expoliatus potest petere restitutionem in absentia sui Superioris: & adde glos. in cap. non dicatis 12. quaest. 1. quae dicit, quod Monachus potest agere de iniuria, sibi illata, si Pralatus suus est absens*, consonat Bartul. *in leg. si longius, §. si filius famil. in fin. ff. de iudic.* y mas modernamente incluye ambos casos Lezana *tom. 2. quaest. regular. in verb. Accusare in princip. & in summa, tom. 1. cap. 1. num. 11.* y assi segun estas doctrinas, aunque estuvieramos en terminos de Religioso mas estrecho, que lo es el Aprehendiente, permitiendole su Superior, y Religion, como à los demàs Cavalleros la residencia en su Patria, y Encomienda, se halla no necessitar valerse de la expressa licencia, que en contrario se pretende.

7 No puede obstar, que quando se introduxo

duxo la instancia , se hallava Fr. Don Ignacio en la Ciudad de Malta, à vista de su Superior; porque teniendo la calidad de Comendador de Belber, y Chalamera, no deve resultar la menor duda para entenderse era necessaria la licencia, y accidental la existencia en Malta; porque las propias Encomiendas llevan consigo el permisso de residir ausentes del Superior; y tambien porque dandole la administracion de bienes , se le ha de conceder el exercitar acciones, è instancias, como à los demàs, cap. *cum deputati* 16. *de iudic.* que hablò de los Templarios, en cuyo lugar estàn subrogados los Cavalleros de San Juan de Jerusalen.

8 Menos sirviria de encuentro si se dixere , que Fr. Don Ignacio , no litigava en el presente Processo los bienes de su Religion , sino los que le pertenecian por el testamento de su Padre; porque con mas libertad se les permite à los Cavalleros de San Juan el vso, y administracion de lo que adquirieren durante su vida , por succesion , ò contracto, pudiendolo enagenar durante aquella, assí lo decide el Padre Franc. Alcozer en su tratado *de Ludo. cap.* 39. alli: *Assi mismo se entiende que gozan, y enagenan* (habla de los Comendadores de San Juan, San-Tiago, Calatrava, y Alcantara) *como quieren los bienes muebles , y frutos de los bienes , que han adquirido por titulo , herencia , ó donacion, ó otro titulo justo de sus Padres, y deudos, y amigos, y Señores, ú Oficios, ú de otra manera*; y lo comprueba Diana *part.2.oper.moral tract.*15.*resolut.*54. quibus iungendus est Fr. D. Juan Agustin de Funes *lib.3.in Choronica, cap.2. ad finem*, Mendo *in tract. de las Ordenes Militares disquisit.* 10. *quæst.*7. y D. Fernando de Escaño *in propugnacul. Relig. S. Ioan. Hierosol. discept.* 9. *cap.* 1.

9 Ni es eficaz el argumento , de que son verdaderamente Religiosos, y que assi repugna à su Instituto , y Votos

el poder exercitar las acciones sin licencia del Superior, y tener la administracion de los bienes; porque, como no hallemos el no poder ser composible, el ser propia, y verdadera Religion la de S. Juan de Jerusalen, y el tener el exercicio libre de las acciones, y administracion de los bienes; segun notò Matheu *de regim. Reg. Valent. cap. 7. §. 4. nu. 54.* alli: *Non est de ratione status Religiosi in abstracto, quod summa paupertas, vel summa obedientia, profiteatur: alioquin plures ex Religionibus deficerent in substantialibus; sed vna quæque determinat, sibi certum modum vivendi, cum mensura circa materiam votorum necessaria ad institutum*; y mas expressamente Don Fernando Escaño *discept. 6. cap. 6. nu. 7.* alli: *Neque latitudo in observatione votorum quidquam detrahit essentia status Religiosi, nam in Republica Christiana, & Ecclesia Militanti Religionum varietas, quæ datur dirigitur ad faciliorem expeditionem fidelium, ex quibus vni extrictiorem, & vitæ contemplativæ, alij laxiorem, & vitæ activæ, admittunt Religionem, qualibet autem Religio in se perfecta est: & in Militantibus possunt æquites virtutis perfectionem obtinere per media in suis Ordinibus stabilita.* De aqui nace, que aunque verdaderamente sean Religiosos, no tienen repugnancia dentro de sus Votos, è instituto, para poder intentar las acciones en juizio, sin permisso del Señor Gran Maestre, y correr à su mano la libre administracion de los bienes, pues por esta amplitud no destruyen la essencia del Estado Religioso; y mas quando el principal Instituto desta Religion, y las demas Militares, sea para pelear contra los enemigos de la Fè, como lo prueban Santo Tomàs 2. 2. *quæst. 188. art. 11.* Navarro *de reddit. Eccles. quæst. 1. Monit. 55. ex num. 8. cum seqq.* y Valenzuel, *cons. 115. num. 10.*

10 Solo resta hazernos cargo de la practica que atesta Don Miguel de Cortiada *decis. 8. num. 77.* de que en Ca-

taluña no tienen permisso los Cavalleros de San Juan para formar la competencia, sino concurre la Assemblea, ò su Procurador General; pues esto se puede atribuir à dos cosas. La vna, à ser observancia de aquel Principado; y la otra, porque en la contestacion de las competencias se lleva, y propone la jurisdiccion, y privilegios de la Religion, por la qual se exerce; y assi parece mas necessario, que intervenga en ella el que principalmente la deve defender, por no exponerse à quedar perjudicada por mal defendida, fiando la de la que hiziere el Cavallero. Con que de lo que se practica en vn Reyno, no puede hazerse argumento para otro, ni menos de la defensa de jurisdiccion, y privilegios de vna Religion cuydadosa, y vigilante, en que no queden heridos, à los drechos particulares de vn Cavallero, que litiga bienes patrimoniales.

11 Y quando ninguna de estas razones fuera poderosa, lo seria la observancia inconcusa que en nuestro Reyno se ha tenido, de litigar sin permisso de su Superior, los Cavalleros de San Juan; y assi esta repeticion de actos, y diuturnidad de tiempo, haze presumir vna licencia general del Señor Gran Maestre, à todos concedida con expressiō, ex Barsat. *cons.* 150. *num.* 7. *part.* 2. Cravet. *de antiquit. tempor.* 1. *part sect.* 4. *num.* 75. Afflictis *decis.* 318. *num.* 6. 7. 8. *&* 14. Andraeas Gail. *lib.* 2. *observ.* 72. *num.* 9. Particularmente en causas civiles, en que el Juez Secular no es incapaz de su conocimiento, sino està inhibido por el Superior de la Religion; y por esto hablando de todas las Ordenes Militares el politico Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 26. aconsejò à los Corregidores: *Que en las causas Civiles, tocantes à los dichos Cavalleros de las Ordenes, si el Corregidor conociere, à pedimiento de parte, ù de Oficio, no se deve inhibir, ni apartar del conocimiento de ellas, si el negocio no pen-*

diesse.

diesse en el Consejo de Ordenes: Luego aviendo Fr. Don Ignacio de Lores venido voluntariamente al juizio real de esta aprehension, sin repugnarlo, ni impedirlo su Superior, ni la Assemblea ; V. S. no deve declararse Juez incompetente, porque no aya hecho fee de la licencia que en contrario se pretende; yà porque en las causas civiles tiene jurisdiccion, yà porque en estas puede litigar el Cavallero de las Ordenes Militares, y yà porque no necessita de semejante circunstancia, como lo dexamos fundado.

12 La segunda nulidad, que se alega por los herederos de Martin de Vitales, y que passa à fundar el Informe contrario, *num.* 10. hasta el 16. consiste en aver adjudicado los Executores de Demetrio Lorès, à Don Ignacio su hijo sesenta mil sueldos, en virtud de la facultad, que tenian por el testamento de su Padre, obligando à Don Pablo heredero à pagarlos baxo esta condicion: *Que los pueda pagar de los censales, que la dicha casa tiene, ò tendrá al tiempo de tomar estado Don Ignacio, y lo demàs en frutos, averio de ganados gruessos, y menudos al precio tuto, y corriente*: Aumentado por pacto expresso, q̃ la nominacion de heredero *era para fenecida la viudedad, y vsufructo de Doña Geronima de Berguà su Madre, y no antes, ni de otra manera.* Lo qual se previno assi, porque se hallava yà constituida, señora, mayora, y vsufructuadora de la vniversal herencia de su Marido, por el testamento que otorgò en la Ciudad de Huesca el 1. de Deziembre de 1669. Passando à inferir de lo dispuesto en ambas escrituras: Que yà estavan reservados los drechos de viudedad, y vsufructo de Doña Geronima, y que à D. Pablo heredero elegido por los Executores testamentarios de su Padre, no se le concediò drecho alguno hasta concluida la viudedad de su Madre, y que assi el dominio de todos los bienes muebles, y sitios al tiempo

de

de la aprehension, pronunciaciones, y diligencias, que se continuaron pertenecia à Doña Geronima, y no à Don Pablo, ex Dom. Reg. Sesse *decis.362 num.80.* Suelv. *cons.37. semic.2. num.2.* Castillo *lib.1. contr. cap.8.§.2. à num.41.* Que aunque no fuera sino vsufructuaria, estendiendose à todos los bienes muebles, y sitios, no se devia pagar el legado durante aquel, y assi intentò la accion antes de tiempo: Que aun quando la tuviera expedita durante la vida de su madre todas las diligencias, intimas, è interpelaciones que les hizieron à los herederos fideicomissarios de su hermano, devian averse notificado à Doña Geronima, y sino se procediò con notoria nulidad, ex Uberto *de citationib. cap. 14. num.129.* iuncto Altimaro *de nullit. rub. 12. quæst. 21. num. 13.* Que aunque el Aprehendiente ha probado con dos testigos la possession de su hermano en los bienes aprehensos, contraxo la interpelacion que hizo à los herederos fideicomissarios, para que le satisfaciessen los sesenta mil sueldos de la disposicion de los Executores de su Padre, à la calidad de señores, y posseedores de los bienes, en fuerza de los testamentos de Demetrio Lorès, y de Don Pablo; con que siempre fue reconociendo vsufructuaria à Doña Geronima, y à su hijo sin possession; por lo qual se excluye con lo mismo que alega, y confiessa tuvo obligacion de acudir à su Madre. Que del contexto de este discurso se denota el defecto notorio de la accion subsidiaria, por la qual se aprehendieron los bienes; pues solamente tiene lugar quando el verdadero deudor, à quien toca la facultad de pagar en vna, ù otra especie, comete mora, ex Dom. Reg. Monter *decis.48. à num.24.*

Todo este cumulo de ponderaciones, va canjado en vn supuesto falso, y que no se prueba por los que suplican la anulacion, qual es, el que al tiempo de la interpelaciõ hecha

por Fr. Don Ignacio à los herederos fideicomissarios de su hermano, se mantuviesse Doña Geronima en la viudedad, si quiere vsufructo de la herencia vniversal de su Marido, ni que viviesse por entonces; circunstancia, que necessitavan verificar; pues alio non docto, hallandose posseedores de los bienes los herederos fideicomissarios de Don Pablo, se deve presumir sucediò en ellos por estar fenecido el vsufructo, y viudedad de su Madre, ora fuesse por aver passado à segundo matrimonio, ora por sobrevenir su muerte natural, (como con efecto sucediò mas haze de veinte y cinco años) ex text. *in leg. cum res* 12. *Cod. de probationib.* Mascardo *de probat. conclus.* 540. *num.* 9. Menochio *de præsumptionib. lib.* 6. *præsumpt.* 65. *ex num.* 9. Faber. *in suo Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *definit.* 18. *per tot. & lib.* 4. *tit.* 3. *definit.* 2. *num.* 8. Con que faltando en hazerse esto de manifiesto, no parece se aplican los discursos contrarios; pues aunque los reconociessemos por muy verdaderos, no salen las consequiencias que quieren inferirse.

14 A' mas, que si entrassemos à desentrañar la disputa, que podrian tener, hallariamos no es tan cierto aya necessidad de ser citado el vsufructuario, quando la accion en drechura pertenece contra el heredero propietario, como con expression lo dize Uberto *de citationib. cap.* 14. *nu.* 13. alli: *Item quando agitur cum hærede proprietario, non est necesse citare vsufructuarium*, Caval. *decis.* 163. *num.* 1. que es el propio caso en que nos hallamos; pues al Aprehendiente le dieron los Executores de su Padre en la disposicion que hizieron à 20. de Abril de 1673. la accion para cobrar los sesenta mil sueldos de su hermano D. Pablo, como heredero instituido, y no contra la vsufructuaria, segun se infiere de aquellas palabras: *Y que los pueda pagar el heredero, parte de la propiedad de los censales, que la dicha casa tiene,* *ó ten-*

tendrà, &c. Y aſsi deverèmos dezir, que ſi la requeſta, è interpelacion ſe huviera hecho à Doña Geronima, aun en caſo de vivir, y no al heredero, no ſe incluiria bien el Aprehendiente.

15 Solo ſe repara en que la preſente nulidad, mas parece funda en los meritos de la Sentencia, que en lo ordinativo del Proceſſo; y ſobre aquellos vnicamente con ſu inſpeccion ay capacidad para tratarſe en la anulacion, como dexamos fundado en el principio de eſte diſcurſo, *num.* 2. con el Señor Regente Seſſe *deciſ.* 314. *ex num.* 66. *vſque* 69. y lo reconoce el Advogado contrario, *num.* 6. *&* 7. y aſsi era neceſſario, que de los miſmos alegatos, y pruebas que huvieſſe deducido Fr. Don Ignacio, en la preſente aprehenſion conſtaſſe evidentemente vivia Doña Geronima al tiempo de la interpelacion, que hizo à los herederos fideicomiſſarios de ſu hermano, y que ſe conſervava en el vſufructo, que le cõpetia por el teſtamento de ſu Marido, y le reſervaron ſus Executores al de la diſpoſicion, mas no reſultando vno, ni otro, es dificil poderſe ayudar de ſemejante nulidad.

16 Haze tranſito *num.* 17. el Informe de los opueſtos en Proceſſo, à querer anular la ſentencia en èl dada por el Señor Regente, por no aver concurrido el Conſejo, à cauſa del conſentimiento que preſtò el Aprehendiente, aviendo precedido cõfeſsion de los articulos de prueba, y que aſsi ſe dexò de obſervar el Fuero 1. tit. *del reparo de la Audiencia*; y aunque reconoce podia ſuplirſe la falta de eſta ſolemnidad, y admitirſe la propoſicion de Fr. Don Ignacio, por la naturaleza de la cauſa (ſin duda alguna, por no ſer eſto contrario, ni impoſsible al drecho natural, y todo lo que excede de eſta linea deverſe permitir, vt docet Ramirez *de leg. Reg.* §. 29. *nu.* 28. Dom. Reg. Seſſe *deciſ.* 7. *n.* 57.)

Pero continua en insistir, que no aviendose arreglado à la solemnidad foral, sino al consentimiento, por averse hecho por quien no tenia drecho legitimo, se descubre con notoriedad ser nulo el merito de la pronunciacion, y que esta incide en el mismo defecto, ex Dom. Reg: Sesse *de inhibitionib. cap.* 1. §. 2. *num.* 38.

17 Confessandonos, que no obstante la disposicion de el Fuero 1. tit. *Reparo de el Consejo*, con el consentimiento que se hizo por el ficto de Don Ignacio en su nombre propio, y como Procurador de aquel; *De que solo el Señor Regente, y sin consejo de los demás Señores de esta Sala, pudiesse pronunciar difinitivamente, y que la sentencia que diesse, fuesse de tanto valor, y eficacia, como si se diesse, y pronunciasse con todo el Consejo*; parece es contradiccion querer persuadir, no se ha arreglado la sentencia à la fancion foral; pues si el consentimiento de las partes litigantes, reconoce, dispensa lo acordado por Fuero, de necessidad nos deve permitir no ser nulidad la misma que se esfuerza.

18 Ni serà de eficacia bolver à insistir en que no tenia drecho legitimo Fr. Don Ignacio para pedir el legado de los sesenta mil sueldos, por no aver interpelado à su Madre; pues como dexamos fundado *num.* 13. no consta viviesse al tiempo q̃ requiriò à los herederos fideicomissarios de Don Pablo le pagassen; ni por los actos de que se ha valido para instituir la aprehension; y assi es inaplicable la doctrina del Señor Regente Sesse *de inhibitionib. cap.* 1. §. 2. *num.* 38. alli: *Quando aliqua iniustitia est notoria, & manifesta, dicet non sit expressa in sententia, tamen annullat sententiam; per leg. si pars, ff. de inoffic. testam. vbi si ex quatuor Iudicibus, duo iudicant pro testamento, duo contra illud, valet sententia pro testamento, nisi sit evidenter iniqua, & dicetur*

cetur iniqua, quandò iniquitas resultat ex actis Processus manifesta, quæ acta notorietatem inducunt. Y sino veafe si de los que ha producido el Aprehendiente para su inclusion resulta, que Doña Geronima viviesse al tiempo de la exaccion de su credito; pero sino fuere assi, juzgamos queda deshecha toda la ponderacion.

19 La tercera nulidad que propone el artic. 13. de los avientes drecho de Martin de Vitales, y se expende en el *num.* 18. và encadenada con las antecedentes, y es en no averse observado la forma del Fuero, tit. *De los Legatarios del año* 1626. de que no pueden aprehender sin aver precedido interpelacion al heredero, ò detenedor de los bienes. Y que de las escrituras traidas à Processo por Fr. Don Ignacio, resulta no se hizo el requirimiento à su Madre, que era la heredera, ò devia gozar aquellos, sino à los fideicomissarios de Don Pablo, por lo qual fue nula la provissa de esta Aprehension, pues se inobservò la formalidad dada por Fuero, ex Suelv. *cons.* 32. *semic.* 1. *num.* 2.

20 Quan facilmente pueda evadirse esta pretendida nulidad, se manifiesta con lo que dexamos repetidas vezes advertido, de no averse probado por los q̃ intentan la anulacion de esta sentencia, que al tiempo de interpelar el Aprehendiente à los hederos fideicomissarios de Don Pablo, viviesse, ò se mantuviesse en la viudedad vniversal de la herencia de su Marido Doña Geronima; antes bien deve presumirse avia yà fenecido, quando vemos tan advertido à Fr. Don Ignacio para la exaccion de su legado, pues arreglandose à las disposiciones forales, interpelò à los herederos fideicomissarios de su hermano, como à detenedores de los bienes, y quien tuvo esta providencia, es muy natural no se huviera descuydado de executar lo mismo con su Madre, si à la ocasion viviera: A mas, que

que la sancion foral solo puso la alternativa: *De que el Legatario pidiesse le pagassen el heredero, ò detenedor de los bienes*; y aviendo cumplido cō requirir al detenedor, como ex adverso se confiessa, exactamente observò lo que à su parte tocava: *Quia in alternativis sufficit, alterum adimpleri*, cap. *in alternativis, de regul. iur. in* 6. cap. *inter cæteras de rescript. leg. si heredi plures, ff. de condit. institut.* Castillo *controvers. lib.* 5. *part.* 2. *cap.* 136. *num.* 60. *&* 80.

21 En el *num.* 19. propone otra nulidad que se alega en el articulo 14. del Memorial contrario, y es, que en el cum constet, para la provision de la presente Aprehension se omitiò hazer fee de el juramento de los testigos producidos para instruirla, y que assi se previrtio el estilo, y practica que advierte Pedro Molinos en el Processo de Aprehension, *fol.* 116. *col.* 4. alli: *Et cum his fecit fidem de iuramentis, & depositionibus testium, &c.* con que siendo precisa esta formalidad de la publicata, ex Foro 1. *de rei vendicat.* Foro *Por quanto* 25. *de Apprehensionib.* Molin. *verb. Apprehensio, fol.* 35. *col.* 3. resulta lo inordinado de lo ritual de el Processo, y consiguientemente su patente nulidad; y se trae para su comprobacion la inteligencia de esta Real Audiencia en 4. de Agosto de 1665. en el Processo de Aprehension del Lugar de Apies, donde se decidiò no devia hazerse merito de vnos testigos, porque no se dixo hazian fee: *De iuramentis dictis, & depositionibus testium.*

22 De dos modos respondemos à esta ponderacion: El primero con el mismo cum constet, alli: *Item de productionibus dictis, & depositionibus testium pro sui parte productorum, & examinatorum*; pues en la palabra: *Productionibus*, està comprehendida la formalidad propuesta por nuestro Practico, alli: *Fecit fidem de iuramentis*; porque pro-

du-

duciendose los testigos, juràn, y despues se reciben sus dichos, y assi virtual, y eminentemente se halla el aver hecho fee de el juramento de los que produxo.

23 La segunda, porque si atendemos al fin de averse introducido la publicata, ò cum constet, hallarèmos fue solo para instruir el animo del Juez, haziendole patente la justicia de las partes litigantes; y aunque sea cierto obraria mal, sino mandara se observara semejante ritualidad, no por esto se podrà dezir de nulidad contra la sentencia que huviere dado, singularmente aviendole constado de la deposicion de los testigos, y mas siendo hecha en su Tribunal; Portol. *verb. Publicatio, num.* 6. alli: *Sed hic advertendum est, quod licet verum sit, Iudicem malè, & perperam facere, si publicationem Processus à parte petitam, non præcipiat observari; tamen quod non propterea sententia nulla erit, quoniam in iure frequenter receptum est, publicationem Processus non esse de substantia ordinis Iudiciarij, & eius ommissionem, etiam si publicatio ipsa altera parte petita fuerit; sententiam non vitiare, vel annullare, ut tenet* Bartol. *in leg. Prolatam, nu.* 5. *Cod. de sententijs interlocut. omn. Iudic.* cita vna columna de Autores, y prosigue *num.* 7. dando la razon, alli: *Qui omnes ad id asserendum moventur, quod ex præfata ommissione publicationis Processus non multum pars lædi potest, quia attestationes ipsæ licet quoad partes in secreto retineantur, tamen quoad Iudicem publicæ sunt, easque diligenter videre potest, etiam si publicata non sint, & ideo patet quod ex ommissa earum publicatione, pars illam petenti, parum detrimenti subsequi potest.* Deviendo repararse, que si procede esto en la publicata, donde yà el juizio està abierto para todas las partes que han querido acudir à èl, pretendiendo tener drecho, con mayoria de razon serà en la primera provision, qual es el decreto de mandar aprehender los bienes, donde el Juez

hazer

haze oficio de parte, por no ser comunicable, Portol. *verb. Exceptio, num.* 57. Dom. Reg. Sesse *de inhibit. cap.* 5. §. 6. *nu.* 53. Suelv. *in cent. consf.* 1. *num.* 3.

24 El exemplar de esta Real Audiencia, con que se quiere comprobar la reflexion contraria, de que no deve hazerse merito de las probanzas, sino se huviere publicado por la parte que las produxo, juzgamos no obsta à Fr. D. Ignacio, y se funda en sus mismas palabras, alli: *Nullam fore habendam rationem de probationibus adductis per dictum Marchionem ex defectu publicationis, in Processu facta eius inclusio, vt possessio vinculantis in quibus sua intentio principaliter, nititur omnino deficere*; porque aqui no huvo publicacion alguna, hecha por el Marquès, y en nuestra Aprehension ay cum constet; y no era en primera provision, sino en juizio abierto. Ni porque entendiesse V. S. no se devia hazer merito de lo que alegò, y probò, por no aver publicado, sale la consequencia de que necessitava la otra parte se pudiesse anular la sentencia, en caso de averse hecho merito de las probanzas que huvo, y no se publicaron: *Quia illatio non fit à diversis*, *leg. vlt. in fin. & ibi* Bartol. *ff. de calum.* Gratian. *discept.* 516. *nu.* 6. & 524. *nu.* 5. Surdo *consf.* 150. *num.* 94.

25 Proponese por quinta nulidad, baxo el *num.* 20. hasta el 22. el no aver cumplido el Actuario de esta Causa con lo dispuesto en el Fuero *del Proceso de Aprehension del año* 1678. alli: *Y à mas devan los Actuarios inserir, y continuar dentro los mismos Processos todo lo que el referido Fuero dispone*, (habla del año 1626. tit. *De las gritas de las Aprehensiones*, que ordenò se escriviesse en las intitulatas, cuyos eran los bienes, y donde estavan sitiados, y que en plena Corte, y Audiencia, al tiempo de reportarse, se repitiesse la misma diligencia) *para que aunque se rompa, ò falte*

falte la hoja de la intitulata, se halle dentro del cuerpo, y esto baxo la misma pena de Oficiales delinquentes; lo qual no se encuentra dentro de el de nuestro Processo, sobre no estàr en la intitulata, y menos consta se dixera en plena Audiencia al tiempo de la reportacion, cuyos eran los bienes, ni donde estavan sitiados, porque solamente se hallan estas palabras: *Et cum his incontinenti ego huius causæ Notarius dixi in dicta plena Audientia possidere dicta bona, & iura apprehensa hæredes quondam Pauli Lorés, debite, & iuxta Forum*; de que per rimationem Processus, resulta no averse escrito; ni dicho en Audiencia el Lugar donde estàn sitiados; sin que pueda suplirlas el Fuero de 1678. que ordena: *No se anule el Processo, por no estàr escrito en las intitulatas cuyos son los bienes, ni donde estàn sitiados*; pues en las demas no lo previene, y assi se supone no averlo querido dispensar; y con mayoria de razon, quando por las dos posteriores providencias quedava bastantemente precabido lo que tirò à remediar el Fuero del año 1626. q̃ fue, no se hiziessen aprehensiones ocultas, por las quales se seguian grandes fraudes à los Regnicolas, y Litigantes de el presente Reyno; y que siendo la disposicion de 1678. correctoria de las nulidades assentadas en practica por la de el año 1626. no puede extenderse por identidad de razon à otra distinta de la que literalmente previene.

26 Facilmente juzgamos responder à estos argumentos; pues fundan en vn pretendido supuesto, assentado en practica, sobre la inteligencia de la sancion foral del año 1626. y es, que por no dezirse en plena Corte, ò Audiencia, al tiempo de reportarse la Aprehension, cuyos son los bienes, y donde estàn sitiados, se puede anular, y este no se prueba por la parte contraria; antes bien se infiere del Fuero de el

año 1678. que la anulacion de los Processos de Aprehension, y los daños que se seguian à las partes litigantes; solo consistian por omitirse en las intitulatas, dezir cuyos eran los bienes, y donde estavan sitiados, y assi lo fue à prevenir, para que no se alegasse de nulidad; con que entretanto, no se verifique, que segun practica, no hallandose al tiempo de la reportacion de la Aprehension, explicado en el cuerpo de el Processo, cuyos son los bienes, y donde estàn sitiados, queda anulada, no podrà alegarse.

27 A mas, que la diligencia hecha por el Actuario en plena Audiencia, segun lo ordena el Fuero de 1626. està conforme à su disposicion, pues diziendo: *Posseian dichos bienes, y drechos aprehensos los herederos del quondam Pablo Lorés*, suponen explicò donde estavan situados; porque de otra forma seria impertinente, y lo comprueban aquellas palabras: *Et cum his incontinenti*, que precisamente se hàn de referir à aver declarado donde estavan sitiados, y este argumento es cierto: *Quia consequentia non fit à remotis, leg. non hoc, Cod. vnde cognati*, Ioan. Mari. Novar. *quæst. forens. lib. 1. quæst. 15. num. 7.* Aumentase que cerrando el Actuario su diligencia con *debitè, & iuxta Forum*, que es referirse à todo lo que era del cumplimiento de su obligacion, non docto de contrario, se deve entender explicò los bienes aprehensos, y donde estavan sitios, argument. text. *in leg. fin. ff. de offic. Præsid. leg. 2. §. si publicam, ff. de vi bonor. rap.* Gratian. *discept. 698. num. 21.* Mieres *de maiorat. part. 4. quæst. 1. limit. 1. num. 16.*

28 Pero bolviendo à hazer mayor reflexion sobre el Fuero *del Processo de Aprehension del año* 1678. hallarèmos procurò evitar los daños que de semejantes ritualidades se seguian à las partes litigantes, no obstante que

con letra clara solo quitò el de que por la omission en las intitulatas *de dezirse cuyos eran los bienes, y donde estavan sitiados*; porque de el año 1626. para lo que es la obligacion de los Actuarios; y aun para que en las intitulatas se huviesse de dezir cuyos eran los bienes, y donde estavan sitiados siempre tirò à conservar, por aquellas palabras: *Pero por esto no se entienda quitarse à los Actuarios la obligacion de aver de escrivir en las dichas intitulatas todo lo dispuesto por el Fuero.* Mas fue dirigiendo todo lo penal, para poder ser acusado como Oficial delinquente en el Actuario que faltare en no escrivirlo, como se descubre del versiculo: *Y el Actuario*, hasta el fin, *ex leg. sed si plures, ff. de vlg. & pupil.* Castillo *controvers. lib. 5. part. 2. cap. 100. num. 19. & cap. 128. num. 22. & 23.* y no para que por no observarse se pudiesse dezir de nulidad.

29 Otra se pondera por sexta en orden, baxo el *num.* 23. que consiste, en hallarse sobrepuestas en las letras degritas las palabras: *Desde el dia de la vltima citacion de las presentes*, y no estàr salvadas por el Notario, y lo induce por ser contra estilo, para lo qual cita à Suelves *cons. 36. num. 18.* (no deviendo ser sino el 28. *num. 16.*) aumentando que por la sancion foral de 1626. tit. *Que en las notas se salven los sobrepuestos*; se previno tengan semejante obligacion los Notarios, executandolo con sus propias manos, y los que no lo estuvieren no hagan fee en juizio, ni fuera del; y que aunque nuestras disposiciones forales no advierten està circunstancia en las letras, si se ha de seguir la identidad de razon, igualmente procede en vn caso, que en otro.

30 Aunque con el mismo argumento, que se opone, queda convencido lo debil de la ponderacion; pero es razon

zon demos la disparidad que ay, para que en las notas, y protocolos devan salvar los Notarios todos los sobrepuestos de sus propias manos, y no los Actuarios en las letras, y esta se viene à los ojos, pues en aquellos no ay otra persona, que los autorice, sino el mismo Notario; pero en estas no se halla menos que la firma del Señor Regente, ex For. vnic. *de Offic. Iudic.* vbi Bardaxi *Foro de voluntad 2. de Regent. Offic Gubernat. For. 1. de in ius vocand. For. 1. de contumat. Observ. 1. de citationib.* y el Sello Real, que igualmente es necessario, Molin. *verb. Littera sigilata, fol.* 313. y se les deve dar todo credito, segun Suelv. *cons.* 38. *num.* 1. D. Vicecancellar. Crespi *Observ.* 5. *num.* 179. 307 & 322. cum ibi relatis; y como este sea vn decreto, que dimana de su jurisdiccion, tiene por si toda la presuncion de verdadero, y quitada quanta sospecha de falsia pueda ocurrir.

31 Prosigue *num.* 24. deduciendo por septima la que alegan los herederos de Martin de Vitales, articulo 19. y quiere fundarla en el Fuero 25. *de Aprehensionib.* alli: *Con voz de crida publica, facedera en los lugares acostumbrados de la Ciudad, Villa, ó Lugar, donde la dita causa se conocerà, é do los bienes aprehensos sitiados seràn,* porque se inobservò en el acto de publicacion, que testificò el Notario, pues solo dixo: *Accedi personalmente à la plaza, y puesto publico de dicha Ciudad, y estando en aquella::: cite con voz de crida, y publico pregon*, y que assi no explica *la plaza, y puesto publico* de la Ciudad de Huesca, ni que sea *el lugar acostumbrado*, para semejantes publicaciones, antes bien padece contradiccion, porque estando en la plaza, haze relacion de aver executado las gritas, *por los lugares publicos y acostumbrados de dicha Ciudad,* que es excluir à la plaza, por el *acostumbrado*, por lo qual resulta, ser

ser nula la referida citacion , segun Uberto *de citationib. cap. 11. num. 242.*

32 Con la lectura , è inspeccion de el acto queda deshecho todo esto , pues dize: *Que en el año de 1694. dia que se contava à 17. de el mes de Agosto en la Ciudad de Huesca , y en la Plaza de ella accedi à personalmente à la Plaza , y puesto publico de dicha Ciudad, y estando en aquella , cité con voz de crida , y publico pregon por los lugares publicos, y acostũbrados de dicha Ciudad.* Y assi lo primero, que hizo el Notario, hallãdose en la Ciudad de Huesca, se fue à la plaza, y luego como estuvo en ella accediò al puesto publico para hazer en este la diligencia de la citacion; como en los demàs publicos, y acostũbrados, llamando à todos los q̃ pretendieran tener derecho à los bienes aprehẽsos, por lo qual cũpliò con la disposiciõ foral, *de hazer la crida en los lugares acostũbrados*; sin que necessitasse explicar, q̃ Plaza era, pues hallandose su atestaciõ, de que fue *por los lugares publicos, y acostumbrados*, la presuncion està à su favor, y baxo esta inteligencia mas haze al nuestro, Uberto *dict. cap. 11. nu. 242.* donde previene deve guardarse en las citaciones , la forma prevenida por el Estatuto ; porque sino serà nulo el acto, pues aqui no solo atesta citò *en los lugares acostumbrados* ; si tambien *en los publicos* , que supone mas individuacion en el exacto cumplimiento de su Oficio.

33 Y deve notarse, que este Autor discurre en decreto de citacion personal, como resulta del Epigrafe, *n. 227.* què es distintissimo de quando se haze por proclama general de todos los que pretenden tener interesse por la incertidumbre, que ay de los que son, porque no obstante es esta conforme à derecho , solamente se llaman generalmente con voz de Pregonero , ò edicto , segun la *l. si eo tempore, Cod. de remiss. pignoris*, y Uberto *cap. 7. num. 349.*

allí: *Quando citandi sunt, illi, qui possunt habere interesse, & sunt in certi, ita vt neque personaliter, neque domi citari possint, generaliter citantur voce praeconis, per proclama, seu per edictum*, Bart. *in dict. constit. ad reprimen. in verb. Per edictum in fin.* Abb. *in cap. cum in tua, col. 2. in princ. qui matr. accus. poss.* Felin. *in cap. quoniam frequenter, §. Porro, col. 2. vers. Considera in primis, vt lit. contestat. num.* 14.

34 La octava, y vltima, funda, sobre la provision de esta Aprehension, y que contiene el artic. 20. y el *num.* 25. de la Alegacion, y es aver faltado el Notario al estilo de preguntar à los testigos, que se recibieron para la provision del decreto: *Si sabian, que en los dichos tiempos, ó alguno de ellos, ó otro, ó otros, posseian los bienes que se mandavan aprehender*, como lo ordenò el Fuero 3. *de Apprehensionib.* y que se cumple con esta solemnidad, advirtiendo el Actuario, despues de la deposicion de cada vno, *que fue interrogado segun Fuero*; por lo qual siendo semejante formalidad substancial, y por la descófianza del Notario, en fuerza del interesse que le resulta, segú lo notò Bardaxi *in dict. For. num.* 3. ha de inducir nulidad, y mas quando està calificado con decreto de firma, concedida al Curador de Francisco Palacio en el año de 1648.

35 Parece no se adapta à la disposicion foral, que el Juez deva preguntar à los testigos, si sabe què otros posseian los bienes que se mandan aprehender, queriendola suplir, con que se ha cumplido atestando el Notario *fueron interrogados segun Fuero*, porque la obligacion que este impone, mira al Juez, y la que en contrario se pretende al Actuario; y se manifiesta literalmente, pues al Juez solo se le precisò lo preguntasse à los testigos, sin que constasse en Processo averlo hecho, y al Actuario lo escusò de que lo continuasse en la recepcion; porque à este solo lo quiso la ley

ley como vn nudo Ministro, que pusiesse apud acta lo que el Juez le ordenava, por la misma razon que diò Bardaxi *dict. For. 3. nu. 3.* alli: *Itaque ex premissis deregitur hoc factum suspectum esse respectu dicti Notarii agentis de suo interesse*, con que por todas estas razones juzgamos ser inaplicable el argumento, ni exemplar, como tambien porq̃ semejante solemnidad, no devia observarse en nuestra aprehension; pues Fr. Don Ignacio de Lorès, no ha venido alegando possession propia, y solo en tales casos, es quando se le precisa al Juez, como se descubre de la letra del Fuero, y lo declara Bardaxi *num.* 5. alli: *Secunda interrogatio scilicet si alius dicto tempore possederit, hec non est facienda, nisi quando petitur apprehensio in vim propria possessionis iuxta dictum Forum licet, & hoc modo debet intelligi determinatio relata per* Mol. *fol.* 30. *col.* 1. *in declarat. huius Fori.*

36 Vltimamente, si por el defecto de la solemnidad, de no aver puesto el Actuario en la conclusion de las deposiciones de los testigos, *que fuerint interrogados*, *segun Fuero*, fuera tan cierto q̃ la inobservancia de semejante estilo, se deviesse entender era nulidad que ofendia la provision del decreto, devia aver la parte contraria producido testigos que lo calificassen; *ex* Decio *cons.* 603. *num.* 14. Thusc. *lit. S. conclus.* 695. y Mascard. *de probat. quæst.* 1. *nu.* 7. & 9. y assi faltando en esto, embaraça poco todo lo que se discurre.

37 No solo se intenta anular la provision desta Aprehẽsion, gritas, y sentencia, por lo q̃ hasta aqui juzga el Abogado dexar fundado, sino tambiẽ por lo que se executò en los hechos subsiguientes de la subastacion de los bienes aprehensos, como se descubre desde el *num.* 27. hasta el 36. proponiendo quatro nulidades, que la primera es. Que en 24. de Setiembre de el año 1695. Fr. Don Estevan de

Lo-

Lorès, y Doña Melchora de la Cueva consintieron, mediante poder especial, otorgado à favor de su Procurador, y como herederos fideicomissarios de Don Pablo: *Que sin passar el Processo al articulo de propiedad, y sin guardar solemnidad alguna juridica, ni foral, se tranceen, y vendan los bienes aprehensos, y de el precio de ellos se pague à Fr. Don Ignacio los sesenta mil sueldos, se dén por intimadas las almonedas, y prorogaciones, y citados para oìr la tranza, consintiendo se pueda hazer en qualquier dia, y hora, y pueda darse por intimada la tranza, y moderacion, renunciar de este beneficio, y declarar que no quieren vsar de èl en ningun caso.* Y que aviendose tranzado en virtud de el referido poder despojaron à los hijos de Don Pablo, siendo menores de 14. años, con vna accion voluntaria, en que no pudieron quedar perjudicados, porque la agenacion de bienes sitios de los menores està prohibida por derecho, y Fuero, no concurriendo decreto de Juez, *ex leg. minorum* 6. *Cod. de prædijs minor.* Gratian. *disceptat.* 153. *num.* 1. For. *vt minor* 20. *annorum*, Portoles §.*minor per tot.* Dom. Reg. Sesse *decis.* 199. *& decis.* 423.

38 Confessamos lo fundado de la proposicion, assi en drecho, como en Fuero; pero solo procede en terminos sencillos de agenaciones de pupilos, y menores, quando es voluntaria, y no necessaria, como la que se executò en el presente processo; porque en caso semejante al nuestro, donde se descubre calificada la deuda de los sesenta mil sueldos, pertenecientes à Fr. Don Ignacio, sobre la hazienda de su padre, no es precisa tal solemnidad, por ser para satisfacer creditos graduados, y calificados por sentencia.

39 Excitaron esta question en los menores, Iglesias, y

Re-

Republicas, sobre el text. *in §. si quis autem adiecerit, in* Authent. *vt determinatus sit numerus Clericorum*, Aufrer. *ad Capellam Tholosanam, quæst.* 136. *num.* 4. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cas.* 183. *num.* 11. Lancelot. Robert. *de attentat. part.* 2. *cap.* 4. *limit.* 11. *num.* 4. Solis *de censibus, tom.* 2. *lib.* 2. *num.* 11. Baeza *de inope. debitore, cap.* 13. *ex num.* 1. y Simoncel. *de decret. minor. lib.* 2. *tit.* 6. *inspect.* 15. *ex num.* 126. que resuelve sobre la cessiõ hecha por el menor, si ha sido instado por sus Acreedores, compeliendole por los debitos remedios de justicia.

40 En terminos de formacion de concurso de Acreedores, que se pueda otorgar por el menor, la Iglesia, ò Universidad, sin licencia del Principe, ni decreto de Juez, propone varias razones Salgado *in laberynt. credit. part.* 1. *cap.* 1. §. 2. *ex n.* 6. *vsque* 15. y son, que por esta cessiõn no agenan sus bienes, ni pierden el dominio, y aunque se les despoje de èl, siendo por causa necessaria para satisfacer los creditos q̃ les instan, y molestan sobre su exacciõ, y mas quando para llegar à ello yà ha precedido el decreto judicial, mediante la declaraciõ de la legitimidad de la deuda, no puede ocurrir inconveniente alguno, haziendose mayor lugar supuesta la libertad en el principio, para aver podido gravar los bienes, pues es consequencia su distraccion, y vẽdicion, à instancia del mismo Acreedor, sin necessitar de nuevo decreto, y singularmente quando les resulta à los gravados el beneficio de librarse de las molestias de sus Acreedores, hæc sunt verba: *Primum quia per hanc bonorum cessionem minor, & cætera personæ bona sua non alienant, non enim amittunt dominium, nec possessionem eorum, sed retinent actiones activas, & passivas, quas movere, & pati possunt, ergo concursus introductio decreto Iudicis, aut facultate, & licentia Principis, nec alijs solemnitatibus alienationi bonorum minoris, Ecclesiæ, Universitatis, aut Collegijs requisitis*

non indiget. Secundo quoniam licet ex hac cessione bonorum inhibita in concursus Iudicio perveniatur ad alienationem, & bonorum distractionem; est tamen alienatio necessaria, pro satisfaciendis creditoribus instantibus, ad quam pervenitur Iudicis decreto precedente, ac re iudicata, QVÆ CUM DICATVR ALIENATIO NECESSARIA, IUDICIS AUTHORITATE FACTA, NON OB ID DICITUR PROPRIE ALIENATIO, NEC ALIENATIONIS NOMINE CONTINETUR, *vt tradunt* Curtius Sen. *in cons.* 27. Paris. *cons.* 98. *lib.* 1. Paul. Montan. *de tutel. & cur. cap.* 33. *num.* 449. *vbi quod in hoc casu decreta Iudicis opus non est, ex leg.* 3. *in princip. vers. Pignor. cum vers. Sed & in possessione, & §. Item quæri, part. de reb. eor. leg.* 1. *&* 2. *Cod. de præd. minor. Et quod in bonis aliàs alienari prohibitis, absque facultate Regia, & licentia, aut consensu alterius, vt in executione rei iudicatæ libere alienari permittantur, absque dicta facultate, & assensu amplissime probavimus infra* 3. *p. c.* 3. *per tot.* (que es puntualissimo,) y nos remitimos à èl por evitar prolixidad, porque prosigue fundando las demàs razones.

41 Luego no dudandose de la legitimidad de el credito de los sesenta mil sueldos de Fr. Don Ignacio, sobre la herencia vniversal de su Padre, y hallandose este calificado con el decreto, y sentencia de la presente Real Audiencia, parece se hizo necessaria la agenacion, y que sin bolver à interponer nuevo decreto, pudieron consentir los herederos fideicomissarios de D. Pablo de Lorès, se passasse à tranzar su hazienda, por librar à los pupilos de la molestia de su Acreedor, y de los gastos que se les podrian aumetar en seguir el juizio de propiedad, (como lo explicaron en el consentimiento, hecho baxo el dia 24. de Setiembre de 1695. y al tiempo del otorgamiento del Poder) donde era precisso huviesse de quedar graduado.

No

42 No nos detenemos en la reflexion, que en contrario se haze, baxo los *núm.* 29. y 30. de que otorgaron el poder, y consentimiento, como herederos fideicomissarios, sin la calidad de Tutores; porque no tuvieron mas facultad por el Testador, sino de repartir los bienes entre los menores, por lo qual propia, y rigurosamente no se podian dezir herederos fideicomissarios, sino fiduciarios, ex Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 3. *num.* 19. porque aun quando solo se hallassen con esta calidad; siendo la agenacion necessaria, tuvieron libre la accion para otorgar el consentimiento, como queda ponderado en el numero antecedente. A mas, que la doctrina no prueba, que el heredero fiduciario en todo lo que respeta al mayor beneficio, y vtilidad de aquel à quien ha de restituir la herencia, no pueda executar lo mismo que el fideicomissario; y siendo constante que este con el decreto del Juez, ò en la agenacion necessaria podria prestar el consentimiento, en el entretanto que no se califique la proposicion contraria, deverà correr la misma paridad.

43 La segunda consiste, que en 24. de Setiembre de 1695. el Señor Regente proveyò la preconiçaciò de los bienes, sin averlo suplicado assi el Procurador de Fr. Don Estevan de Lorès, y Doña Melchora de la Cueva, ni pedidolo en nombre del Aprehendiente, de que resulta procediò sin instancia de parte, faltando à la Observancia 4. 5. y 6. tit. *De General. Privileg.* Porque aunque hizo fee de el poder de los herederos, no tenia facultad para suplicar que los bienes aprehensos se subastassen, sino para consentir en que pudiessen tranzarse, y venderse, con que no se descubre animo, ni intencion de que se hiziesse semejante pedimiento, sino antes bien de que se executasse por el Aprehendiente.

44 Con la misma letra del poder tiene evasion el re-

fe-

ferido argumento, pues consienten *se puedan vender, y tranzar los bienes aprehensos, sin guardar solemnidad alguna juridica, ni foral.* Y assi en fuerza de aquel pudo el Señor Regente proveer se tranzassen los bienes, aunque Fr. Don Ignacio, si quiere su Procurador no lo huviesse pedido; porque en fuerza de èl se revistiò el Señor Regente de todo lo que las partes podian, y devian pedir, especialmente no teniendo repugnancia alguna al derecho natural, *vt supr. nu.* 16. Y porque el Juez puede pronunciar, segun el consentimiento de los interessados en el juizio, quedando en estos casos, y terminos silenciosas, y dormidas nuestras sanciones forales, ex abunde dictis à Portoles *verb. Apprehens. el 3. nu. 35. & passim Practici.*

45 La tercera, que la tranza se devia aver intimado, y notificado al señor de los bienes, obligado à satisfacer los creditos, segun Pedro Molinos *tit. de el Processo Executorio, fol.* 58. por poderlos conservar en su poder, vsando de la moderacion, ex Salgado *in laberynt. credit. part.* 2. *cap. 2. à num.* 9. y que no se intimò à Doña Geronima de Bergua, heredera vsufructuaria, sino à los fideicomissarios de Don Pablo de Lorès.

46 Esta instancia queda yà desvanecida con lo que tenemos referido *in facto num.* 13. de aver muerto Doña Geronima, mas hazè de veinte y cinco años, y lo manifiesta el no probar la parte contraria estuviesse in rerum natura al tiempo de la aprehension; con que assi no huvo necessidad de intimar la moderacion à los posseedores de los bienes, para vèr si querian vsar de semejante beneficio, porque la renunciaron en fuerza de el consentimiento resultante del poder especial, que para ello otorgaron, y assi podrèmos dezir: *Iniuria non fit scienti, & volenti, leg.* 1. §. *vsque adeo, ff. de iniur. l.* 1. *ff. de actionib. empt.* Dom. Reg. Sesse *decis.* 189. *num.* 15.

De-

47 Deduce por quarta la colusion que se descubre desde el principio hasta el fin en todos los hechos Processales, por lo qual no puede producir efecto alguno la sentencia, ex *leg.1.& tot.tit. Cod.plus valere quod agit, quam quod simul.concip.* Valenzuel.*cons.62.num.70.* Noguerol. *allegat.10.ex num.69.* Gratian.*discept.255.num.4.* Olca *de ces. iur. tit.8.quaest.1.num.3.* Dom.Reg.Sesse *decis. 78. num.10.* & Casanat. *cons.28. num.9.* y para probar la huvo, se funda en la interpelacion que hizo Fr. Don Ignacio à sus dos coherederos fideicomissarios, y no à Doña Geronima de Bergua, en la omission de responder no devian satisfacer, sino en plaços competentes, con que hazian iliquida la acciō hasta que en otro juizio se examinasse: En no aver prometido pagar en censos, frutos, averios, y ganados à precio competente, singularmente teniendolos la casa: En la poca diligencia de no dar proposicion, oponiendo semejantes excepciones; en ser Procurador el Actuario del Aprehendiente; en el consentimiento voluntario de la tranza, renunciacion de la moderacion, y cession del comprador de Corte à favor de Fr. Don Estevan, vno de los coherederos de Don Pablo, por estàr prohibido por drecho en vna misma persona, ex Postio *resol.168.num.8.*

48 No podemos negar, que si resultasse la colusion, era segun drecho vn defecto inasanable, que viciaria este juzgado, aunque en èl mismo huvieran sido colitigantes los herederos de Martin de Vitales, Molin.*de maioratib. lib.4. cap.8.num.8.* alli: *Sed est advertendum quod probata fraude, & collusione, etiam sententia non nocebit ipsi contra quem lata est, vt singulariter tenet* Guid.Pap.*cons.147.num.5.* Castillo *controvers.lib.5.cap.157.num.26.* Pareja *de instrument. edit.tit.1.resolut.3.§.5.* Y assi con mayoria de razon procederia no aviendolo sido, y se harian lugar las doctrinas canonicables, que se citan en contrario, *num.34.*

49 La dificultad està en que de lo inferido por la parte adversa, no resulta semejante nulidad, y para clara demostracion puede bastar la misma definiciõ de la colusion q̃ traen los Autores, como son Riccio *collectan.* 2869. *part.* 7. *& in addit. ad decis.* 596. Don Manuel Gonzàlez *super decretal. in cap. in tantum* 4. *de collus. detegen.* cum ibi relatis, que todos conforman es: *Latens, & fraudulenta contrectatio, seu conventio inter reum, & actorem per quam alter in iudicio superari se permitit.* De las presentes palabras se colige, que sin fraudulenta convencion entre los litigantes, no puede averla; pues en ella consiste toda su essencia.

50 Vease pues si de todas las razones que expenden, *num.* 35. ha concurrido entre los herederos fideicomissarios de Don Pablo Lorès, y Fr. Don Ignacio, y se hallarà, que lo mas que puede arguirse, el que por ignorancia, ò desidia se omitieron las diligencias, que como cautos, y prevenidos, devian aver executado; pero esto seria bueno para imputarseles culpa, mas no colusion, Peregrin. *de fideicommis. artic.* 5. *num.* 54. alli: *Si tamen, per culpam hæredis, lata sit sententia, alia est consideratio, vt per* Bart. *in dict. leg. servus, §.* 1. *vbi inquit culpam tripliciter posse considerari. Primo, quia hæres non appellaverit, cum appellare potuisset, dict. §.* 1. *Secundo, quia iustas defensiones, proponere omissit, nam culpa est dict. leg. si servus, §. si quis autem. Tertiò, si Iudicem contra se provocavit, leg. exceptione, ff. de fideiussorib. & in his casibus secundum* Bart. *tutus est victor, per text. in dict. leg. si superatus, ff. de pignorib.* Luego aunque se arguyesse omission en los herederos fideicomissarios de Don Pablo, y que por ella obtuvo sentencia en su credito Fr. Don Ignacio, por no aver dado proposicion, y deducido todas las defensas que tuviessen contra èl, por esto no dexarà de quedar con toda seguridad, por no poderse calificar la colusion por desidia.

Pro-

51 Procede todo esto conforme à las reglas de el derecho, pero no à las de Fuero, segun la Observanc. *Item de consuetudine Regni de homicidio*; por lo qual se excluye la excepcion de colusion contra la sentencia, Molin. *verb. Exceptio collusionis, & verb. Advocatus, vers. Advocatus colludens,* Portoles *verb. Absolutus, num. 3. & 4.* y aunque discurren en causas criminales, no puede dudarse milita lo mismo en las civiles, y lo funda con expression, Dom. Reg. Sesse *decis.* 5. donde deduce los efectos de la colusion, segun derecho; y en el *num.* 6. prorrumpe en estas palabras: *Quæ evasio in Regno tantum prodest, quando collusio est facta cum Advocato, vel Procuratore causæ, quo casu sententia non valeret, quoad actum collusum, dictis iuribus: secus autem si inter principaliter litigantes, quoniam illa collusio in Regno non attenditur nec nocet.*

52 Mas aun quando dexassemos de ayudarnos de esta Observancia, y Practica nacional, siguiendo las disposiciones juridicas, se encontrarà executaron muy prudentemente los herederos fideicomissarios de Don Pablo todas las omissiones, que se les arguyen, pues constando de la legitimidad de el credito, fueron prudentes en no gastar considerables sumas en la defensa de la causa, aviendo de tener esto de menos los pupilos menores, super quo videndus punctim Farinac. *quæst.* 162. *num.* 43. alli: *Limita primo propositam regulam non procedere in simulatione licita, & non punibili, prout est quãdo vnus contractus transfertur in alium, non enim prohibita est simulatio de vno in alium contractam: vbi quod simulatio producens nullitatem contractus est, quando ob causam non veram, & non iustam, secus quando debitum est in veritate ex vna causa, licèt transferatur in aliam causam. Tunc contractus est simulatus, quando nullius causæ prætextu essentialiter, sed figuraliter celebratur, secus quando contractus celebratur prætextu alicuius causæ, & illa causa ex volunta-*

te

te partium, sic se habent, quod vna æquipolet alteri, & sic non est simulatio, quando causæ debiti possunt ordinarij per contrahentes ad eundem solutionis finem ponit exemplum in eo qui promittit ex causa mutui illius, quod debet pro salario; & generaliter quando debitum ex aliqua licita causa, promittitur ex alia causa pariter licita, & iusta; repite casi lo mismo, aunq̃ mas sucintamente, *nu.* 52. pareciendo no necessita de mayor ponderacion, se omite expenderla.

53 En el *nu.* 36. continua el Informe contrario en bolver à insistir sobre que las letras despachadas à 14. de Noviembre de 1695. para la citacion de año, y dia, contienen diversos supuestos, que no estàn salvados, y que lo mismo es en la notificacion de año, y dia, que se hizo en la Ciudad de Huesca, para correr la prescripcion de los Fueros *de oppositione tertij*; y porque sobre esta nulidad tenemos satisfecho *num.* 30. no nos detenemos à darle mayor evasion.

54 Prosiguese desde el *nu.* 37. hasta el fin, en legitimar para este incidente à los herederos de Martin de Vitales, para pedir anular todos los procedimientos executados en Processo, por el interesse que han mostrado tener, aunque ayan venido fuera el termino de la citacion foral, ex Dom. Reg. Sesse *dec.* 230. *nu.* 74. y como este punto lo tengan vencido con el pronunciamiento de 8. de Agosto de 1699. donde se decretò devian ser oidos, venerandolo como se deve, no insistimos contra èl, aunque siempre en que las nulidades propuestas no son tan relevantes, que puedan desvanecer la sentencia, y assi en la duda no se ha de revocar, arg. *leg. quoties de reb. dub.* Vantius *de nullit. tit. qual. sent. nul. reparar. possi. num.* 127. Aymon. *cons.* 52. Menoch. *lib.* 6. *præsupt.* 4. *num.* 21. 26. & 28. Prout sic procedere sencio, S. T. S. G. C. Zaragoza, Noviembre à 11. de 1703.

D. Antonio de Valenzuela y Latre de Larràs.